

PODER JUDICIAL Vs. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL UNA PERSPECTIVA DESDE EL PERÚ

Guido Águila Grados*

Resumen: Este artículo pretende explicar la polémica que ha surgido entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Muestra cuál es el nuevo escenario del neoconstitucionalismo en nuestro tiempo y el control que el Estado ejerce sobre la sociedad. Además, explica algunas de las funciones que tienen los otros órganos judiciales y aborda el problema de la supremacía jurídica de la Constitución, la crisis judicial que se vive y por último la protección y eficacia de los derechos fundamentales.

Palabras Clave: Tribunal Constitucional; Neoconstitucionalismo; Estado de Derecho; Judicialización del Derecho; Poderes Estatales.

***Abstract:** This article attempts to explain the controversy that has arisen between the Judiciary and Constitutional Court. It shows what the new scenery of neoconstitutionalism in our time is and the control that the State exercises over society. Also it explains some of the functions that other judicial bodies have and addresses the problem of legal supremacy of the Constitution, the judicial crisis that we live and as a consequence the protection of fundamental rights.*

***Key Words:** Constitutional Court, Neoconstitutionalism, Law's State, Law's Judicialization and State's Powers.*

Sumario: I. Introducción. II. El Neoconstitucionalismo: Nuevo Escenario del Derecho – a. La Judicialización del derecho. b. El Estado Constitucional de Derecho - III. Conclusión.

I. Introducción

Cuentan que una vez le preguntaron al gran prócer del fútbol mundial Alfredo Di Stefano¹ “¿Por qué el Madrid ganó cinco copas?” Y dejó una respuesta que nada tenía que ver con la táctica, ni la estrategia, ni la calidad: “Porque perder es muy feo”. Y no agregó más nada. Dio media vuelta y se fue.

* Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina) y por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Perú). Especialista en Gerencia y Administración por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y la EOI (España). Especialista en Tutela Jurisdiccional Efectiva y Debido Proceso en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fundador, codirector y docente de la Escuela de Altos Estudios Jurídicos EGACAL (Perú). Docente visitante de la Maestría en Derecho Procesal de la UNR (Argentina). Miembro Titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro Ordinario de la Sociedad Peruana de Ciencias Jurídicas SOPEJ. Miembro Honorario del Centro Latinoamericano de Investigaciones de Derecho Procesal CLIDEPRO. Miembro Ordinario del Colegio de Abogados de Lima. Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Apurímac. Correo Electrónico: gag@egacal.com

¹ Alfredo di Stefano Laulhé (Barracas, Buenos Aires, 4 de julio de 1926) es un ex futbolista y ex entrenador hispano-argentino, actual presidente de honor del Real Madrid Club de Fútbol. Es considerado por la FIFA uno de los cuatro mejores jugadores de fútbol del siglo XX, junto a Pelé, Diego Maradona y Johan Cruyff; en el 2004 fue elegido el cuarto Mejor Jugador del Siglo XX por la IFFHS y también por todos los ganadores del Balón de Oro hasta 1999.

Cuando en la primavera ciudad de Trujillo, el presidente del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires, nos preguntó por el tema que íbamos a abordar en el III Congreso Costarricense de Derecho Procesal, le contestamos: “Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional”. Su respuesta fue similar a la del notable Don Alfredo: ¡Bah! ¿Qué vas a discutir allí? ¡Eliminan una y ya! Lógica químicamente pura y una verdad granítica.

Ya estábamos a punto de abortar la temática prometida, cuando surgió una tabla de salvación: ¡Analicemos el porqué del conflicto! Y es lo que les propongo. No encontrarán una opinión del suscrito sobre cuál es el órgano jurisdiccional que debe excluirse. Es como pedirme que escoja a cuál de mis dos hijas quiero más. Pero al revés.

Esta relación tirante e insana entre dos órganos fundamentales dentro del ordenamiento del Estado peruano no es una situación novedosa ni inédita. Si el lector se pone a *googlear* -nuevo verbo de esta generación- encontrará que en el Perú hay otros versus: Poder Ejecutivo vs. Poder Judicial, Poder Legislativo vs. Tribunal Constitucional, Poder Judicial vs. Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal Constitucional vs. Jurado Nacional de Elecciones y otras postales boxísticas lamentables.

Poniendo la lupa en el tema que nos convoca, creemos que este choque de astros se produce por una desconfiguración de los parámetros iniciales establecidos por la Constitución de 1993. O mejor aún, por la falta de parámetros en que incurrió el constituyente peruano. Sin embargo, al margen de esta gravísima omisión, también es cierto que estamos ante un nuevo escenario del Derecho en general y, en particular, del Derecho procesal. Se llama neoconstitucionalismo y ha movido el ángulo del eje del planeta Derecho.

II. El Neoconstitucionalismo: Nuevo Escenario del Derecho

Cuando vemos las cosas con distintos ojos a los que teníamos cuando escolares, muchas de ellas ya no nos parecen tan creíbles. Es difícil creer, por ejemplo, en Historia Universal, que la Edad Moderna comenzaba exactamente el 29 de mayo de 1453, fecha de la Toma de Constantinopla por los turcos, y culminaba inexorablemente el 14 de julio de 1789, efemérides que convencionalmente marca el inicio de la Revolución Francesa. Lo mismo ocurre en el mundo del Derecho con sus mutaciones y transformaciones que vemos pasar cada día delante de nosotros con no poca perplejidad.

No podemos señalar el momento exacto, pero sí afirmar que desde los últimos tiempos finiseculares hasta estos momentos, se ha venido experimentando un nuevo escenario, una nueva estructura en la arquitectura del Derecho. Y en el Derecho Constitucional como su piedra angular. Y en el Derecho Procesal Constitucional como garantía del control de constitucionalidad.

Por ello, el Derecho Constitucional ya no es más la materia de comparsa del Derecho Civil y Penal. Ya no se es más juez constitucional por subsidiaridad que otorga por rebote el control difuso. El juez – cualquiera que sea su competencia por razón de su materia – es primero, y ante todo, un juez constitucional. Los constitucionalistas más renombrados que eran al mismo tiempo políticos reconocidos ya están jubilados. El jurista de hoy, adentrado en los temas del Derecho Constitucional, debe ser el más versado en el Derecho en puridad. Se desprenden especialidades como Derecho Constitucional Procesal, Derecho Constitucional Penal, Derecho Constitucional Tributario, Derecho Constitucional Electoral, al mismo tiempo que surge una nueva nomenclatura jurídica. Nomenclatura que es ajena a la formación de los abogados que tienen apenas una década de profesionales: precedente vinculante, sentencias manipulativas, *amicus curiae*, bloque de constitucionalidad, doctrina jurisprudencial constitucional, eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales y la lista continúa con neologismos que vinieron en la misma carreta que el siglo XXI.

Esa es la razón por la que las primeras líneas de análisis al tema de esta ponencia están dedicadas a reconocer el territorio que habita el Derecho de hoy. Reconocimiento que no es exclusivo dentro del mapa peruano. Es perfectamente aplicable a toda Latinoamérica, por lo menos. Cambian nombres, plazos, circunstancias, pero en el Derecho en general, el constitucional en particular y el procesal en específico, en esta parte del mundo, fuimos amamantados de un mismo pecho.

En este nuevo escenario del Derecho, destacan nítidamente dos fenómenos como consecuencia del neoconstitucionalismo: La judicialización del entero ordenamiento jurídico estatal y El Estado Constitucional de Derecho.

A. La Judicialización del Derecho

Entre otras cosas, la judicialización del ordenamiento jurídico significa que al reconocer a la Constitución como una composición de textos imprecisos, declarativos y valorativos, estas normas valdrán lo que los órganos con capacidad de interpretar vinculadamente dicen que valen. Y es allí donde se yerguen por encima de todos el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Ya esto por sí solo causa urticaria en los demás poderes: de esta manera se está legitimando al PJ y al TC como órganos distintos al Poder Legislativo y al Poder Constituyente incluso como órganos creadores de Derecho (legal y constitucional).

Hasta aquí, en el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional vemos dibujarse una sonrisa en la fachada de sus sedes institucionales. Este poder legislativo que asumen lo tienen que sustentar en sus argumentaciones. En la razón. Sin embargo, en la compulsa entre los dos los resultados muestran al segundo dos o tres escalones por encima del primero y esto resulta el inicio del conflicto. El Poder Judicial a través de su máximo órgano, la Corte Suprema, emite precedentes judiciales (en el Perú, con especial énfasis en el ámbito penal) que vinculan sólo a la especialidad; por otro lado, el Tribunal Constitucional emite precedentes que vinculan a todos los particulares y a todos los poderes del Estado, incluido el Poder Judicial.

Este choque de planetas ha dejado hasta ahora como vencedor por K.O. al TC. Es más, la misma Constitución autoriza a que mediante un proceso de amparo – cuya última y definitiva instancia es el Tribunal Constitucional – se revisen resoluciones judiciales emanadas de un proceso irregular.

Con este panorama es fácil advertir que en aquellos casos de gran sensibilidad jurídica o política se llegue a la violencia verbal entre magistrados de uno y otro órgano. Y se desatan interminables discusiones circulares. Es aquí dónde se observa que el problema es de diseño. Es error de fábrica. Mientras el Poder Judicial ingresa al *checks and balance* y existe un recíproco control entre los poderes del Estado, el último constituyente peruano omitió peligrosamente control alguno para el Tribunal Constitucional. Por ello, el ambiente de ensorbecimiento en que vive el supremo intérprete de la Constitución. La autodenominación de “Alto Tribunal”, “Poder Constituyente constituido” o el recurrir a la “autonomía procesal” para justificar decisiones que no encuentran sustento legal ni constitucional, está poniendo al estado peruano a expensas de las decisiones del supremo intérprete. Los errores no han sido pocos. Recemos porque siempre estén iluminados y precisos. A nivel nacional no hay vuelta de rosca sobre esas decisiones.

B. El Estado Constitucional de Derecho

Es moneda corriente escuchar como argumento de un discurso que nos encontramos en un “Estado Legal de Derecho” o “Estado Social de Derecho” o, simplemente, un “Estado de Derecho”, para señalar que son las condiciones normales de presión y temperatura de toda convivencia humana dentro de un Estado que se precie de serlo.

Pues ahora, como corolario de esta metamorfosis señalada líneas arriba que nos coloca en una nueva escenografía jurídica, debemos referirnos en adelante a un “Estado Constitucional de Derecho”.

El cambio no es baladí. No es un ajedrez de términos por moda tan frecuente en las disciplinas jurídicas. Es mucho más. Es el reflejo exacto, una fotografía real del nuevo Estado del que todos formamos parte. Todas las adjetivaciones que antes acompañaban al Estado de Derecho se subordinan al nuevo Estado Constitucional de Derecho. Los Estados que aún sienten no serlos, deben tener como objetivo inmediato y urgente el alcanzar tal categoría por su propia subsistencia. De lo contrario, estarán, institucionalmente, con respirador artificial.

Entonces, surge la pregunta espontánea e inevitable al mismo tiempo: ¿Cómo reconocer a un Estado Constitucional de Derecho? ¿Cómo saber si el nuestro lo es? Decirlo es fácil. Lo difícil es corroborarlo de manera objetiva e indubitable.

Consideramos que tres son las características que debe tener todo Estado Constitucional de Derecho:

- Supremacía jurídica de la Constitución
- Separación contemporánea de poderes.
- Reconocimiento, protección y eficacia de los derechos fundamentales.

Una lectura rápida y algo distraída nos llevaría a precipitarnos en un juicio y decir: “Pero esto existe desde siempre. Siempre fueron los requisitos mínimos de un Estado en los últimos doscientos años”. No es así. Una mirada más detenida y atenta podría llevar a reconocer pequeños cambios que constituyen el desenlace del nuevo escenario que pretendemos demostrar. Ayudaremos con nuestras cursivas, negritas y subrayados, como para que lo vean los invidentes juntos: supremacía *jurídica* de la constitución, separación *contemporánea* de poderes y reconocimiento, protección y *eficacia* de los derechos fundamentales.

Esas variantes resaltadas han producido un sismo en el Derecho. Se han caído bibliotecas enteras y se han producido derogaciones tácitas en cantidades industriales. Intentaremos explicar como cada una de estas nuevas características ha ido aumentando la intensidad de este terremoto que ha tenido como epicentro la Constitución Política de nuestros Estados.

• **Supremacía Jurídica de la Constitución**

Desde el amanecer del constitucionalismo hasta muy cerca de nuestros días la esencia de los documentos constitucionales siempre ha sido política. Su despertar, a comienzos del Siglo XVIII, así lo exigía: el establecer una valla, un freno al exceso de poder. En cualquier punto de Latinoamérica, si pedimos que nos acerquen una Constitución, la portada de la misma –proviene de una imprenta clandestina o de la editorial *Il Mulino* - rezará el mismo epitafio: “Constitución Política de...”. Aunque su raíz más profunda la encontramos después de la Segunda Guerra Mundial, ha sido en la última década del siglo XX -con la confluencia de varios factores y los vientos frescos que asoman al final de una centuria en todos los campos del saber- en que se ha dado la aparición del apellido materno de la Constitución Política: Jurídica. Y todos sabemos que este cambio de identidad conlleva a importantes consecuencias.

Este fenómeno, que el estudioso peruano CASTILLO CÓRDOVA² denomina una nueva concepción de la Constitución, se deriva precisamente de una nueva concepción del Estado; significa que se deja de lado el concepto enunciativo, declarativo y retórico del constitucionalismo clásico para convertirse en una norma que vincula por partida doble: al poder político y a los particulares. A partir de esto, las disposiciones de la Constitución son normas superlativas y abiertas a valores que conllevarán –como se verá líneas abajo- a una eficacia de los derechos fundamentales.

Como corolario de lo esgrimido se desprende: primero, una irradiación de los derechos fundamentales a todo el ordenamiento jurídico nacional. A esto es lo que se ha denominado “la constitucionalización del Derecho”; segundo, al ser los postulados constitucionales abiertos, incompletos e imprecisos por naturaleza, cobra una importancia mayúscula los entes encargados de concretar estos postulados. Y el órgano que determina, completa y precisa el texto constitucional en un nivel superior es el Tribunal Constitucional. Como se aprecia, ya se va delineando la silueta de la sombra que asoma en forma inesperada.

• Separación Contemporánea de Poderes

Este nuevo escenario significa el fin de la concepción clásica del estado moderno. Un Estado en que se yergue la legalidad como cúspide del ordenamiento para dar paso a una norma distinta, diferente, pero –sobre todo- superior: La Constitución jurídica.

No es de extrañar entonces que ya no sólo aparezcan en escena los poderes clásicos del Estado, sino que se sume un cuarto integrante: El Tribunal Constitucional. No habría ningún problema en incorporar un invitado que nadie esperaba, sino fuera porque este invitado de pronto pasó a ser el dueño de la casa y de la fiesta. Y ello altera las condiciones normales de presión y temperatura:

- i. Colisiona su labor jurisdiccional con la del Poder Judicial. Y en caso de conflicto prevalece el que no es poder estatal, pues es el supremo intérprete de la Constitución.
- ii. Realiza labor legislativa a través de sus precedentes vinculantes y sus sentencias normativas, con lo que se siente amenazado el Poder Legislativo.
- iii. Sus decisiones son inimpugnables y vinculan a todos los poderes del Estado.

Hoy en el Perú, ambas instituciones conviven aún, pero como lo hacen aquellos matrimonios que procuran que sus grietas sólo sean internas, es decir, habitan la misma morada pero en realidad no se hablan ni duermen juntos. Y como ocurre en estas situaciones, aunque se esfuercen en aparentar que todo marcha bien, siempre salen señales de esta escisión.

• Reconocimiento, Protección y Eficacia de Los Derechos Fundamentales

Hasta hace menos de dos décadas muchos de los derechos fundamentales eran como promesas de novio desesperado: carecían de eficacia en la realidad. Ya es conocido que, luego de la segunda posguerra, progresivamente fueron reconocidos en los textos constitucionales. Al mismo tiempo también se regulaba su protección, vía habeas corpus y amparo, respectivamente. Sin embargo, en la realidad, su eficacia colisionaba con un muro inexpugnable: el Estado no estaba en condiciones de brindar una garantía total. La falta de presupuesto, el desbalance entre lo señalado en la Constitución y la realidad, además del imperio de una legalidad por sobre una Constitución romántica.

² CASTILLO CORDOVA, Luis: El Carácter Normativo Fundamental de la Constitución Peruana. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, 2006, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, p. 121 - 145.

En este neoconstitucionalismo lo descrito ya no tiene espacio. Y es aquí donde es más notorio el giro que ha significado que en el Perú el Derecho se cree a partir de la jurisprudencia. Y, si bien es cierto la jurisprudencia – entendida en rigor como el fallo de los más altos tribunales - del Poder Judicial ha existido desde siempre, esta ha sido más persuasiva que obligatoria. Es a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, en diciembre de 2004, que surge la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional. Todo lo demás es corolario de esta figura.

Fue en los primeros años del nuevo milenio que el Tribunal Constitucional peruano ya asomaba con sentencias que buscaban la eficacia de los derechos fundamentales. El caso Azanca Meza García³ es emblemático. Esta mujer, infectada de VIH y con anemia perniciosa crónica, demandó al Estado para que le brindara las medicinas específicas para su mal. El Poder Judicial, en las dos primeras instancias, no le dio razón a su pretensión por considerar que el derecho a la salud era un derecho fundamental progresivo y, por ello, la exigencia al Estado no podía ir más allá de sus posibilidades presentes. El TC resuelve declarar fundada la demanda señalando que en este caso –la mujer estaba desahuciada- también se estaba afectando el derecho a la vida por lo que ordena al Estado que le brinde la medicación requerida y que, como parte de la ejecución de la sentencia, se establecía una supervisión semestral del cumplimiento de la resolución. Cuando se expidió la sentencia, Azanca Meza García tenía cinco días de fallecida. Empero, quedó la decisión para ser aplicado a casos sustancialmente iguales. La casuística se ha repetido de manera múltiple. Todo indica que debíamos ponernos de pie y tributar un aplauso interminable al supremo intérprete de la Constitución peruana. Sólo que la foto no ha salido completa.

Otro de los casos paradigmáticos, pero en sentido contrario, es el de Manuel Anicama Hernández⁴. En este proceso, el Tribunal Constitucional estableció los criterios para la procedencia del amparo residual en materia previsional. Y aunque consideramos que la residualidad del amparo en el Perú es inconstitucional, esto no lo trataremos en este espacio. Lo que produjo estupor e indignación fue que 5000 casos que tenían la misma lógica que el caso Anicama fueron devueltos a fojas cero para que sean revisados nuevamente bajo los parámetros establecidos. Es decir tuvo una grosera aplicación retroactiva. Al TC no se le movió ni un pelo.

Ya recorrimos el año 2010 y la situación sigue entrampada. Un Poder judicial que grita su investidura de poder estatal desde el amanecer de las repúblicas y clama por tener el protagonismo de antaño. Y en la otra orilla, el Tribunal Constitucional con su frescura de veinteañera y la fuerza de un tsunami que no encuentra freno en los peñascos, disfruta de este nuevo escenario que le calza como el zapatito a la cenicienta. Y no se divisa ninguna patología cercana que lo debilite. Ni estornuda. Ni bostezo siquiera. Tiene la fortaleza de un atleta olímpico.

Ha sido nuestra intención mostrar la perspectiva inca. Cada uno de los lectores podrá tener la suya y, a partir de ella, proponer soluciones que ayuden a destrabar un conflicto que, visto desde cerca no parece tener otra respuesta que la del magistrado argentino: ¡Eliminen uno de los dos... y ya!

³ Azanca Alheli Meza García, tuvo rostro e historia. Su historia de vida le perteneció pero también nos pertenece a nosotros pues en ella la Sociedad y el Estado Peruano dejaron muchos rezagos. Azanca murió a consecuencia de haber contraído VIH/SIDA, agravado con cáncer a la tiroides, más el sinsabor de la soledad y la indiferencia del Estado. Murió cargando el estigma de una de las peores enfermedades del mundo pero también el estigma de la pobreza y la desventaja social, aquel 'mal' que impide que tu voz y poca fortuna sea escuchada, entendida y atendida a tiempo. Texto disponible en: http://www.escri-net.org/usr_doc/Decision_Azanca_A_Meza_Garcia.html

⁴ En el caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), este Colegiado estableció que "(...) los criterios uniformes y reiterados contenidos en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en materia pensionaria, mantienen sus efectos vinculantes. En consecuencia, a pesar de que determinadas pretensiones sobre la materia no puedan en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por este Colegiado". Texto disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

III. Conclusión

No se divisa en el horizonte jurídico una solución a esta controversia. Mientras el Poder Judicial - en corifeo con los poderes clásicos - clama una inmediata delimitación de las funciones del Tribunal Constitucional, éste insiste en una autorregulación que no genera confianza alguna. El supremo intérprete de la Constitución señala que su naturaleza es esencialmente autónoma, pero la ejerce lo más parecido a una autarquía.

¿Qué pensamos que va a ocurrir en el futuro inmediato? No sentimos que vaya a mejorar la enfermedad. Entrampados en sus posturas interesadas, es más fácil estornudar con los ojos abiertos que se termine este enfrentamiento. Sólo nos queda arrojar una moneda en la fuente y pedir el deseo que se restablezca un auténtico Estado Constitucional de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA SANCHEZ, José: Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

CASTILLO CORDOVA, Luis: El Precedente Judicial y el Precedente Constitucional, ARA Editores, Lima, 2008.

_____. El Carácter Normativo Fundamental de la Constitución Peruana. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, 2006, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, p. 121 - 145.

HABERLE, Peter: El Estado Constitucional, Trad. de Héctor Fix-Fierro, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2003.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: Sentencia Caso Manuel Anicama Hernández, Exp. N.º 1417-2005-AA/TC, 2005.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: Sentencia Caso Azanca Meza García, Exp. N.º 2945-2003-AA/TC, 2004. Texto disponible en: http://www.escri-net.org/usr_doc/Decision_Azanca_A_Meza_Garcia.html