
LOS LÍMITES DEL LEGISLADOR ANTE EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Pedro Planas

Máster en derecho constitucional, periodista y profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima.

El presente texto doctrinal formó parte del expediente de la causa sobre la inconstitucionalidad del sistema de seis votos (sistema previsto en el artículo 4 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional), a solicitud de los congresistas demandantes.

"Cuando una ley del Parlamento va contra el derecho común y la razón, o les es hostil, o es imposible de cumplir, el derecho común la controlará y juzgará que dicha ley es nula."

(Juez Edward Coke, 1610, Bonham's Case)

1 LA FALSA TESIS DE LA SOBERANÍA DEL LEGISLADOR

La tesis de la soberanía del legislador —común al siglo XIX por influencia francesa— ya no existe en ninguna parte del mundo. Ni siquiera existe en Inglaterra, donde se decía que el Parlamento podía hacer cualquier cosa, menos convertir a un hombre en mujer. La verdad es que el Parlamento británico, si bien no tenía una Constitución escrita encima de él, como norma suprallegal, tenía sobre él un conjunto de convenciones que debía respetar. Estas convenciones, que no eran justiciables, permitían a los principales estudiosos del derecho constitucional británico (Dicey, Jennings, Wade, Philips) indicar si una ley o determinada atribución (no prevista en las convenciones) era o no constitucional. Lo que no debe olvidarse respecto al Parlamento británico —ahí radica su profunda diferencia con la tradición parlamentaria francesa— es su respetuoso acatamiento de esas convenciones, al grado que, sin estar escritas, eran escrupulosamente aceptadas y asumidas por legisladores y gobernantes por igual, fuesen mayorías o minorías. Por esa razón la soberanía parlamentaria inglesa fue siempre una soberanía *autolimitada*. En consecuencia, mal puede escogerse como símil del Perú, máxime para un Parlamento que apela a la "dictadura

de la mayoría" como método. Pero los tiempos cambian y, en virtud de la Unión Europea, ya existe una jurisdicción que va más allá de la soberanía ejercida por el Parlamento británico y los tribunales del reino, que han tenido que aceptar la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos británicos. Así lo confirma una sentencia reciente dictada en una causa resuelta por simple mayoría (diez votos a nueve). Algo similar ha sucedido con la legislación alemana, con la sentencia de su propio Tribunal Constitucional Federal en el célebre caso "Solange", resuelto en octubre de 1993¹. En suma, la Europa que inició el siglo XIX con el concepto sacrosanto de la soberanía de la ley, no existe más.

La tesis de la "soberanía del legislador" fue un dogma inaceptable, derivado del "contrato social" de Rousseau, para quien la ley, como fruto de la "voluntad general", resultaba infalible. Había una presunta transferencia de "verdad" en virtud del endiosamiento de la representación ciudadana y, por método, en razón al carácter plural del Parlamento y de las luces que saldrían de una sincera deliberación de los pros y contras de un proyecto de ley. Así, se creyó en esa época que el legislador era

el único que decidía, definía o interpretaba —mediante ley— el sentido de una Constitución. Y para interpretar una norma, según la ya superada *Escuela de la Evégesis*, bastaba con conocer la "suprema voluntad del legislador". Todo ello quedó atrás. El Estado legal de Derecho, típico del siglo XIX, ha sido definitivamente desplazado por el Estado constitucional de Derecho, que establece límites al legislador en función del resguardo de la Constitución. Y, contra la ingenua tesis del autocontrol, estos límites exigen un sistema especial de control de las leyes denominado *jurisdicción constitucional*. En esa línea, el juez Benjamin Cardozo, quien fue presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, al justificar la intervención del juez en la política legislativa, no sólo se respaldó en la falibilidad del legislador y en la supremacía de la Constitución. Cardozo citó —incluso— una frase muy severa del profesor Jetro Brown, quien afirmaba que una ley no es ley "hasta no ser interpretada" y que, en función de su indispensable conformidad con la Constitución, la verdadera ley "no se encuentra más que en las sentencias de un tribunal"².

Hoy es común reconocer que hay *límites expresos y límites tácitos a la actividad del legislador* que se derivan —ambos— de la Constitución. Por esa razón, al verificar la conformidad de una ley con la Constitución el juez no se limita a realizar una confrontación literal entre la redacción gramatical de la Constitución y la redacción gramatical de la ley en cuestión. La Constitución no puede reducirse a la suma de sus palabras, frases o artículos. Ella expresa un *telos*, un espíritu y una finalidad. Y está compuesta de principios y valores, que son los que el magistrado debe extraer pa-

1 Cf. WEBER, Albrecht. "El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada". En *Revista Española de Derecho Constitucional* 45. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, setiembre-diciembre 1995, pp. 31-51. Respecto a la cesión de soberanía realizada por los tribunales constitucionales de Alemania e Italia, pese a sus iniciales resistencias, consultar el estupendo estudio de PETROVICH, Aleksandar. "La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El protagonismo de los tribunales constitucionales alemán e italiano". En *El Derecho*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, viernes 1 de diciembre de 1995, nº 8889, pp. 1-12.

2 CARDOZO, Benjamin Nathan. *La función judicial*. México: Porrá Nietri Editores, 1996, p. 63.

ra averiguar si la ley los confirma o si los niega o restringe. Un principio básico, por ejemplo, es la división de poderes, y su necesario corolario: la delimitación de competencias entre los órganos constitucionales. En la interpretación constitucional una pauta a seguir es la "máxima funcionalidad del régimen político". Rodolfo VIGO la resume de esta manera: "En las sociedades políticas democráticas, el dato medular lo representa la distribución y el equilibrio del poder asignado a diferentes órganos de gobierno, a los que se les reconocen ciertas atribuciones que deben ejercerse conforme a precisos límites de procedimiento y ajustándose a determinados límites. La directiva bajo estudio señala que la interpretación constitucional debe orientarse a conservar y a fortalecer aquella unidad del régimen político que la sociedad ha establecido en la ley fundamental."³ Y esa funcionalidad -agrega- se vincula al "equilibrio de sus poderes", en forma tal de evitar el bloqueo o "la expansión de uno en perjuicio del otro"⁴.

Así como hay principios constitucionales tácitos, el propio magistrado constitucional podrá determinar en una sentencia la defensa indirecta, frente a una ley, del ejercicio de algunos derechos ciudadanos, no muy perceptibles a primera vista y que cree menester priorizar y resguardar. Así por ejemplo, tanto una ley estadual de Texas, como, luego, una ley federal de los Estados Unidos, que prohibía quemar la

bandera estadounidense y establecía sanciones para quienes lo hicieran, fueron declaradas contrarias a la Constitución por la Suprema Corte. ¿Acaso la Constitución de los Estados Unidos contiene una expresa prohibición a la quema de los símbolos patrios? Por cierto que no. Tras descartar el método exegético o literal, la Suprema Corte indaga por los posibles principios o valores que pueden quedar afectados por la ley. Y su conclusión, en ambas sentencias (*Texas vs. Johnson* y *US vs. Eichman*), fue que estas leyes eran contrarias a la Constitución porque limitaban el derecho a la libre expresión de los ciudadanos.

Incluso, estos principios constitucionales pueden estar en juego a través del estudio proporcional de cifras o números: "El número de presos puede ser un criterio de oportunidad, pero también es un principio jurídico: el de paz y seguridad ciudadana. La cuantía económica de una prestación también puede hacer que esté en juego un principio constitucional, cual es el de la viabilidad económica de un sistema de seguros colectivos o el del control parlamentario del gasto público."⁵ Asimismo, en Alemania una sentencia del Tribunal Constitucional delimitó que la publicación de toda donación electoral superior a 40.000 marcos -como señalaba una ley- era excesiva y que debía reducirse a 20.000. En la Suprema Corte de los Estados Unidos hay un ejemplo de gran importancia: la sentencia del caso *Baker vs. Carr* (1962). En ella la Corte revocó su propia doctrina, de no inmiscuirse en la determinación legislativa de los distritos electorales (considerada hasta entonces como "no justiciable"), a fin de preservar el principio de igualdad ciudadana y de igualdad de voto en la de-

3. VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 155.

4. *Ibid.*, pp. 155-156. Concretamente, en el caso peruano, con una votación bipartidista el Congreso -o la mayoría parlamentaria de ese Congreso- estaba bloqueando la atribución constitucional del Tribunal Constitucional para declarar inconstitucionales las leyes, en beneficio propio, con el fin de hacer producir las leyes inconstitucionales que ya a dictar.

5. ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 535.

terminación legislativa de los distritos para elegir representantes al Congreso. El principio defendido por la Corte fue nítido: "un hombre, un voto"⁶.

Ahora bien, al realizar esta firme defensa de valores y principios constitucionales, ¿invade el juez o el magistrado constitucional la competencia legislativa o la decisión política, que son atribuciones de otros órganos? Claro que no. Descartada, como está, la soberanía del legislador, se eleva, en su lugar, el principio rector —para todos los órganos— de la supremacía de la Constitución y, por ende, de los órganos encargados de realizar la protección y el control correspondientes. Bidart Campos recuerda que un juez, al descubrir que una ley es lesiva a la Constitución, "no está penetrando en el ámbito de otro poder para violar la división [de poderes], sino todo lo contrario, controlando la supremacía constitucional para volver a su cauce la actividad que se evadió de él en detrimento de la Constitución"⁷. Desde esa perspectiva, el Congreso, como "poder legislativo", "no puede invocar la división de poderes ni escudarse en ella para violar la Constitución. No hay competencia para infringir la Constitución. Es una regla elemental del poder constituido, que está por debajo del poder constituyente. Y es a los jueces a quienes incumbe poner en sus carriles al órgano descarrilado; con ello se da a la división de poderes un sentido auténtico..."⁸.

En cuanto al Tribunal Constitucional, debido a sus funciones básicas no se le puede considerar irreductiblemente amarrado a ninguna ley, sino sólo a la Cons-

titución. Si el Tribunal considera inconstitucional una ley, tiene el indudable deber de hacerla a un lado poniéndose por encima de ella. Así, Javier Pérez Royo señala expresamente, respecto al Tribunal Constitucional: "No está vinculado a la ley que se somete a su consideración, sino que es juez de la misma."⁹. Esta posición suprema respecto a la ley lleva consigo una inevitable subordinación de los alcances del legislador, tal como lo advierte el propio Pérez Royo al señalar que: "el legislador no puede decir cuál es la voluntad del constituyente contenida en ése o aquel precepto, porque ello es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional y, por ello, las sentencias del Tribunal Constitucional tienen supremacía en la jerarquía normativa"¹⁰.

2 LA DESFASADA TESIS DE LAMBERT SOBRE EL "GOBIERNO DE LOS JUECES"

La única tesis que hoy podría intentar resucitarse contra la función de control de las leyes que ejerce el Tribunal Constitucional es la del "gobierno de los jueces", tesis francesa totalmente desfasada que sólo puede ser repetida hoy ante la falta de actualización respecto a la moderna jurisdicción constitucional. Aquella crítica frase, acuñada en 1921, casi en solitario, por el profesor francés Edouard Lambert, se hizo célebre por el título de su obra, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. Veámosla con

6 WITT, Elier. *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*. México: Ediciones Gimilia, 1995, pp. 174-181.

7 BIDART CAMPOS, Gerardo. *El derecho constitucional del poder*. EDIAR, 1967, t. II, p. 339.

9 PÉREZ ROYO, Javier. *Las fuentes del derecho*. Madrid, 1991, p. 148. Citado por Sonia Chirinos Rivera en CHIRINOS SOTO, Enrique y Francisco. *Constitución de 1993. Lectura y comentario*. Norman, 1995, p. 473.

10 PÉREZ ROYO, Javier. *Las fuentes...*, op. cit., pp. 49 ss. La referencia figura en íbid.

mayor detenimiento. Tras analizar la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense, Lambert supuso que actuaba como una "tercera Cámara", aludiendo expresamente a la posición conservadora asumida por los jueces de la Suprema Corte, que hasta anuló la ley sobre trabajo infantil considerándola contraria a la Constitución porque invadía un ámbito que era competencia de las legislaturas estatales. Esa misma corte había declarado contrarias a la Constitución hasta tres leyes federales que procuraron liberar a los esclavos.

Sucedó que aquella posición compacta de la Corte —que había indignado a Lambert, al grado que la volvió en la segunda parte del título de su libro (*... la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*)— cambió totalmente unos años después. Especialmente a partir de 1937 la propia Suprema Corte revocó su anterior doctrina poniendo en marcha una importante línea de activismo judicial, muy superior a la tímida posición anterior (que le negó vigencia a muchas leyes del Congreso). Esta nueva línea consagró la pertinencia y constitucionalidad de muchas leyes reformistas del Congreso y readecuó —mediante la cláusula de poderes implícitos— las atribuciones en materia laboral y comercial que sí podía asumir (y hasta hoy asume, gracias a la Suprema Corte) el Congreso Federal norteamericano. Entre otros aspectos muy saltantes, la corte presidida por Earl Warren llegó a revocar toda la cuestionada doctrina de la Suprema Corte, que hasta había convalidado la segregación racial en los colegios. Así, en 1957 se restringió el amplio poder de las comisiones investigadoras del Congreso; en 1962 (*Baker vs. Carr*) la Suprema Corte declaró inconstitucional la desigualdad entre los distritos electorales; en 1967 (*Chapman vs. California*) consideró que la confesión adquirida bajo coerción era un grave error procedi-

mental, capaz de invalidar todo el proceso; en 1971 (*Swann vs. Charlotte-Mecklenburg*) ordenó concluir la segregación en los buses escolares; en 1971 (*Pentagon Papers Case*) permitió la publicación de documentos secretos del Pentágono sobre la guerra de Vietnam; en 1972 (*Furman vs. Georgia*) reconoció la inconstitucionalidad de las leyes vigentes sobre la pena de muerte, y en 1973 (*White vs. Regester*) expuso los criterios que sirven a la minoría racial para denunciar segregación o violación de derechos al momento de sufragar, que fueron adoptados por la ley de Derechos Civiles de 1982. Al conmemorarse el bicentenario de la Declaración de Independencia (1776-1976), la casi bisecular Constitución Federal exhibió un novedoso vigor derivado del proceso interpretativo realizado principalmente por la Suprema Corte¹¹ en las décadas anteriores. Y estas interpretaciones ampliaron el contenido de la Carta norteamericana, razón de más para explicar su vigorosa permanencia y su permanente actualización.

Precisamente, este *activismo judicial* —con el cual la Suprema Corte asumió un papel como creador de nuevos y más amplios contenidos de la Constitución de 1787—, si bien reforzaba la tesis del "gobierno de los jueces", desmintió, en cambio, el argumento de fondo que preocupó a Lambert: el *status* ultraconservador de una Corte que se resistía a aceptar las leyes que implicasen progreso social. Cuando publicó su libro, en 1921, apenas se habían

11 Otras sentencias de igual relevancia fueron la de la cláusula de una cámara por considerarla inadecuada para sus intereses (*One vs. Two*, 1990), la de la prohibición de apelar a argumentos emocionales en procesos penales frente al jurado (*One vs. Maryland*, 1987) y la que determina que no es delito —sino expresión de la libertad personal— la quema de la bandera de los Estados Unidos (*One vs. Aboum*, 1989).

creado dos tribunales constitucionales (Checoslovaquia y Austria) en sendas Constituciones de 1920, pero todavía no entraban en funciones ni se conocía doctrinalmente su importancia como "legisladores negativos". Recuérdese que el famoso ensayo de Hans Kelsen —inspirador de estos tribunales y magistrado del Tribunal Constitucional austriaco— explicándole al mundo el significado de la "jurisdicción constitucional", fue publicado sólo en 1928, siete años después del libro de Lambert. Su primera versión apareció en francés, en la *Revue du droit public et de la science politique*¹², acaso con la intención de ampliar la perspectiva a aquellos franceses que, desde la ciencia política, cuestionaban el supuesto "gobierno de los jueces"¹³. Y tampoco había salido el libro de su discípulo Eisenmann, sobre el funcionamiento del Tribunal Constitucional austriaco, que también apareció en 1928.

Además, aunque los tribunales constitucionales surgieron durante el período de entreguerras (Checoslovaquia y Austria, en 1920, y España, en 1931), su mayor difusión institucional y sus experiencias exitosas corresponden, más bien, al período de la posguerra (desde 1945). Así surgieron, en las respectivas Constituciones, los tribunales constitucionales de Italia (1948) y Alemania (1949), luego el Consejo Constitucional de Francia (1958), los tribunales

de Portugal (1976) y de España (1978), y últimamente en países de la Europa oriental, como Hungría, Rusia, Rumania y Bulgaria. Lo mismo sucede en nuestra América latina, aun antes de la experiencia peruana de 1979. Antes que España y Portugal, Guatemala había creado, en 1966, su propia Corte de Constitucionalidad; y también Chile, que creó un Tribunal Constitucional tras una reforma constitucional introducida en 1970 a la vigente Constitución de 1925. Luego aparecen tribunales de Garantías Constitucionales en las Constituciones de Ecuador (1978) y de Perú (1979), mientras que Chile y Guatemala retomaron y reforzaron sus respectivos tribunales en sus nuevas Constituciones (de 1980 y de 1985, respectivamente), y últimamente se han integrado a ese proceso Colombia (Constitución de 1991) y Bolivia (reforma constitucional de 1994). Y no son los únicos casos a considerar en América latina. Aunque carecen de un Tribunal Constitucional formal, algunas cortes supremas, como las de Costa Rica, Uruguay, El Salvador, Venezuela y Brasil, ejercen el control constitucional de las leyes en forma directa, por vía de acción o de una demanda y con efectos generales (*erga omnes*) y abrogatorios respecto a la ley cuya constitucionalidad se discute. En algunos casos el control lo ejerce una sala especializada (Sala constitucional) al interior del órgano judicial; en otros, con cierta familiaridad al modelo estadounidense (aunque con alcances y efectos distintos), los propios magistrados supremos resuelven las demandas de inconstitucionalidad.

Esta proliferación de órganos de control constitucional dejó en absurda situación la vieja preocupación de Lambert y de sus seguidores. La propia Francia, en su Carta de 1958 (con casi cuarenta años de vigencia), incorporó un tribunal con *control preventivo* sobre las leyes, antes de su pro-

12 Cf. Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La política constitucional)*. Reproducido en: *As et Veritas* 9, revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, pp. 17-43. Traducción de Bolando Tamayo Salazar, revisión de Darriago García Beltrán.

13 En Francia regía la III República, que tenía una Constitución dispersa y flexible, compuesta por tres leyes constitucionales aprobadas en 1875 y vigentes hasta 1946. Sin separación constitucional en absoluto proyectar en Francia, en esa época, un órgano de jurisdicción constitucional.

mulgación, consagrando un sistema de control automático sobre la obra del legislador, que sí podría suponerse "tercera Cámara" porque impide que la ley entre en vigor si el Consejo Constitucional no la encuentra conforme a la Constitución. El artículo 46 de la Carta de 1958 establece el control constitucional obligatorio para todas las leyes orgánicas: "Las leyes orgánicas no pueden ser promulgadas hasta que el Consejo Constitucional declare que son conformes a la Constitución." Lo reitera el artículo 61, incluso para los reglamentos de las cámaras, con lo cual el órgano de control constitucional es obligado juez de la conformidad constitucional de las normas internas de ambas cámaras. Además, el propio artículo 61 faculta al presidente de la República, al primer ministro o a cualquiera de las dos cámaras para que remitan las leyes simples al Consejo Constitucional, también "antes de su promulgación". Si el Consejo no resuelve indicando la conformidad de la ley con la Constitución, entonces ella no podrá ser promulgada, tal como lo indica el primer párrafo del artículo 62: "Una disposición declarada inconstitucional no puede ser promulgada ni puesta en vigor." Así de sencillo. Este control previo de la constitucionalidad de las leyes existe, también, en Alemania, Austria, Italia, España y Portugal. Y en la mayoría de tribunales constitucionales de América latina, como los de Guatemala (versión de 1985), Chile (versiones de 1970 y 1980), Colombia (1991) y Bolivia (1994). Dicho sea de paso, el Tribunal Constitucional peruano, que a algunos asusta por sus mínimas atribuciones en defensa de la integridad constitucional, no tiene este control *preventivo*.

Es, por tanto, la propia Francia, en su nuevo régimen constitucional, la que desoye las tesis anacrónicas del "gobierno de los jueces". Se ha convertido deliberada-

mente al Consejo Constitucional en una "tercera Cámara", que actúa en forma automática. Y tiene más poder que los jueces norteamericanos (que sólo inaplican la ley inconstitucional), aunque es un órgano débil si lo comparamos con otros tribunales constitucionales, precisamente por su control previo de las leyes orgánicas y, a pedido de las partes legitimadas, de cualquier otra ley. Lo de "tercera Cámara", sin embargo, es metodológicamente inexacto porque no discute el contenido específico de la ley, sino que sólo verifica su conformidad constitucional, aun cuando las minorías parlamentarias estén legitimadas (en porcentaje representativo, como el tercio de la Cámara) para recurrir al Tribunal antes de promulgarse la ley. El propio Kelsen reconocía esta importante atribución: "Las minorías parlamentarias o autoridades del Estado le someten casos *a priori* o *a posteriori*; los tribunales aseguran ese tipo de control preconizado desde el comienzo por Kelsen, y que consiste de hecho en un control en interés del orden constitucional."¹⁴

3 EL PARLAMENTO, PRESUNTO ENEMIGO O VIOLADOR DE LA CONSTITUCIÓN

Esta extensión de los tribunales constitucionales por el mundo, comprueba lo desfasado de la tesis de Lambert, acaso explicable en 1921, pero que nadie honestamente puede asumir o repetir en 1996 sin riesgo de ser considerado como desconocedor de temas constitucionales. Los jueces, está claro, no gobiernan. Pero sí pro-

14 FAVORELLI, *Lasos. Los tribunales constitucionales* Barcelona: Ariel, 1994, p. 36.

tegen a la Constitución (y a los ciudadanos y a las minorías parlamentarias) de los abusos de los gobiernos y de las mayorías parlamentarias. La finalidad de una Constitución escrita no es otra que garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos preservando un ambiente de garantías y de reglas de juego para los operadores del derecho y para todo ciudadano en general. Esta seguridad jurídica exige, en primer lugar, *garantizar la supralegalidad de la norma constitucional* evitando su modificación por vías irregulares o su violación sistemática por obra del legislador o del gobernante. Por tanto, rompiendo el esquema tradicional de los tres poderes, como bien advierte Cappeletti¹⁵, los órganos de control constitucional que se han extendido por todo el planeta en las últimas décadas, *parten de la premisa o de la presunción de que el legislador, a través de su eventual mayoría, puede ser el principal enemigo o el primer violador de la Constitución*. Y en eso reside la tarea central del magistrado constitucional: en recordarle, a las eventuales mayorías, que las leyes deben alinearse en función de los principios esenciales de una Carta y que no pueden ni deben distorsionar la Constitución.

Es decir, contra la absurda tesis decimonónica de la "soberanía del legislador" ha aparecido el moderno principio de la soberanía o supremacía de la Constitución. Y, sobre todo, la opinión común de que se necesita un órgano especial que sea distinto al Parlamento para que emprenda, en forma permanente, la defensa de la Constitución. Así lo ratifican estos argumentos esgrimidos por Louis Favoreu, uno de los

principales especialistas en materias sobre Tribunal Constitucional –y es francés, por si acaso, pero de los años 90–:

- "Ante todo, las terribles lecciones de las experiencias nazi y fascista, que se hallan en la fuente misma de la creación de los tribunales constitucionales en Alemania y en Italia, y en el restablecimiento del Tribunal austriaco. La voluntad de establecer una verdadera democracia tras los períodos de dictadura, explica igualmente, sin duda, la creación de los tribunales español y portugués."*¹⁶
- "Se siente la necesidad de controlar los Parlamentos porque su legislación, movida por las pasiones electorales, se ha convertido en una peligrosa amenaza para las libertades."*¹⁷
- "Además, ya no se experimenta el temor de atentar contra la soberanía del legislador, pues éste ha fracasado en su misión; el legislador ha mostrado que podía ser opresor, suscitando con ello la necesidad de defenderse de él."*¹⁸
- "No se puede contar, pues, con el propio Parlamento para realizar su subordinación a la Constitución. Se trata de un órgano diferente de él, independiente de él y, en consecuencia, también de cualquier otra autoridad estatal a quien le compete la anulación de los actos inconstitucionales; es decir, una jurisdicción o Tribunal Constitucional."*¹⁹
- "Esta necesidad se ha vuelto imperiosa cuando los regímenes parlamentarios o semiparlamentarios han evolucionado hacia un sistema en el que se ejerce sin límites un poder mayoritario compuesto*

15 CAPPELETTI, Mauro. "Democrate Montesquieu! La expansión y la legitimidad de la 'justicia constitucional'". En: *Revista Española de Derecho Constitucional* 17. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto 1986, pp. 11-13.

16 FAVOREU, Louis. *Los tribunales...*, op. cit. p. 22.

17 HAUBOU, André. *Précis* (2a. ed.), p. 636. Citado por FAVOREU, Louis. *Los tribunales...*, op. cit. p. 25.

18 FAVOREU, Louis. *Los tribunales...*, op. cit. p. 23.

19 Citado in ibid.

*por la mayoría parlamentaria, soldada a un Gobierno estable y monolítico (...) Frente al bloque mayoritario, la oposición debe ser protegida; y la propia mayoría precisa de un contrapeso...*²⁰.

La creación de un órgano especial para el control jurisdiccional de la Constitución era, por lo demás, el único camino institucional que garantizaba cierta eficacia en la revisión de la constitucionalidad de las leyes. El propio Cappeletti ha señalado una importante diferencia entre el magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos y los vocales supremos de la justicia ordinaria de Europa (y también de América latina). Como éstos son de carrera y resuelven casos muy diversos, están acostumbrados a actuar como "fieles servidores de las leyes", y no están dispuestos, en función de esa costumbre, a ejercer el control constitucional de las leyes²¹. De ahí que fuese indispensable crear un tribunal especial, con magistrados especiales, dispuestos a asumir, como función exclusiva y excluyente, y sin ninguna cortapisa, la defensa de la jurisdicción constitucional.

Toda esta construcción resultó ficticia. El legislador no existía como tal, en forma abstracta, sino que dependía del juego dialéctico entre mayorías y minorías. Y las mayorías resultaron, muchas veces, abusivas y erráticas, cuando no antojadizas respecto al auténtico sentido de una Constitución. Es bueno incidir, por ello, en que en el moderno derecho constitucional la tesis de la soberanía del legislador está totalmente desacreditada. La ley no sólo no es infalible, sino que, recogiendo el modelo británico de la autolimitación, se debe fundamentar en la *razonabilidad*.

Esta razonabilidad es una condición tácita de la conformidad constitucional de una norma, que puede –y debe– verificarse en toda ley al momento de juzgar sus objetivos y de contrastarlos con los métodos o mecanismos que propugna para ello. Es decir, *la razonabilidad del artículo 4 de la ley orgánica del Tribunal está en cuestión* cuando se exige un sistema de votación *nada razonable* (seis votos conformes, de siete magistrados) para resolver favorablemente las demandas de inconstitucionalidad que se presentan ante el Tribunal²².

Veámoslo por analogía. ¿Sería razonable una disposición legal o reglamentaria que obligue a los miembros del Congreso a aprobar leyes con una votación calificada de 6/7 del total de sus miembros? Esta norma les exigiría reunir –como en el caso del Tribunal Constitucional peruano– el voto favorable del 85% de los congresistas para aprobar una ley, es decir, la aprobación expresa de 102 congresistas. Sin duda, resultaría materialmente difícil –para los congresistas– realizar su función ordinaria de aprobar leyes con un número tan exagerado. Y ello sin mencionar los inconvenientes que surgirían al colocarles –al

22 Si revisamos la exposición puesta por los autores de esta votación, la lógica jurídica –si la hay– resulta endeble y muy extraña: que unos congresistas plantearan primer siete votos, y otros, cinco votos, entonces la mayoría optó por cuádruple seis. Es fácil revisar el debate y constatar que no hubo el presunto consenso, ni esa fue una "fórmula intermedia". Sólo un congresista, de ciento veinte –el mismo que se opuso a crear el Tribunal Constitucional (lo que explica su intención)–, planteó exigir siete votos, que es la unanimidad. Y si bien el principal ponente del grupo de mayoría (NM-C90), Carlos Ferrero, planteó cinco votos, las diversas minorías (que suman mucho más congresistas que el solitario que propuso siete votos) plantearon cuatro votos y mayoría simple, como en todos los tribunales constitucionales del mundo. Estos grupos parlamentarios, ¿no cuentan para la lógica de la "media armónica"? Es fácil verificar que la "media", como presunto consenso entre los grupos parlamentarios, no era de seis votos.

20 Ibid., p. 25.

21 CAPPELETTI, Maurizio. *Churs costituzionelles*, p. 465. Citado por FIORRANI, Louis. *Los tribunales...*, op. cit., p. 19.

mismo tiempo— un quórum para funcionar, no del 50% más uno (61 congresistas), como es hoy, sino también de 6/7 (102 congresistas). Esta analogía deja en claro cómo una votación de 6/7 afecta el normal funcionamiento de un órgano de jerarquía constitucional como el Congreso. Claro que si la votación de 6/7 estuviese prevista en la Constitución, entonces aunque fuese arbitraria sería constitucional. Pero, a partir de una ley —o de su propio reglamento— no puede establecerse una disposición así, que paraliza el funcionamiento regular del ente legislativo afectando su autonomía como institución y vulnerando la lógica de poderes inscrita en el ordenamiento constitucional. El mismo criterio resulta válido respecto a los 6/7 exigidos al Tribunal Constitucional, órgano que también tiene jerarquía constitucional y cuya principal función ha sido mediatizada por la votación exigida en el artículo 4 de su ley orgánica. Dicha votación hipercalificada vulnera no sólo su autonomía institucional, sino el equilibrio entre poderes y el esquema de protección constitucional respecto a las leyes diseñado en la vigente Constitución.

Ahora bien, lo interesante del principio de razonabilidad en el derecho moderno es que no sólo debe modelar los actos del legislador y las resoluciones del juez. Lo contemporáneo es discutir las esencias de la ley, y esa discusión —esa búsqueda de la razonabilidad— queda a cargo del juez ordinario, pero muy especialmente del juez constitucional, cuya sentencia debe también atenerse a estas características. En consecuencia, contra la reconocida infalibilidad del legislador se ha elevado —como garantía constitucional— la instancia jurisdiccional, que puede derivar en la derogación, anulación o en la simple inaplicación. En suma, si una ley niega el principio de razonabilidad en alguno de sus

artículos o preceptos, constituye un deber irrenunciable del magistrado constitucional suplir esa razonabilidad mediante una sentencia que adecue los mecanismos y métodos de la ley —como el sistema de votación— a los objetivos esenciales de los órganos previstos por la Constitución. Pero si el organismo encargado de ejercer el control constitucional no lo hace por alguna traba legal o reglamentaria, estará exponiendo a la sociedad a vivir en permanente inestabilidad, al acecho de leyes que vulneren sistemáticamente la Constitución, en una suerte de "golpe de Estado permanente" protagonizado por la superpuesta e incontrolada voluntad del legislador.

4 EL ABUSO LEGISLATIVO Y LA FUNCIÓN IRRENUNCIABLE DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Antes nos habíamos referido a la razonabilidad de la ley y al escudriñamiento de esa razonabilidad como una facultad implícita (e irrenunciable) del magistrado constitucional. Leibholz y Mortati se han referido al "exceso de poder legislativo" y Piero Calamandrei a la "desviación de poder" del legislador, que configura un indudable caso de "ilegitimidad constitucional". Esta desviación, este abuso de poder, se percibe no sólo en la contradicción literal que pueda existir entre el texto de la Constitución y el texto de una ley, sino principalmente por la negación de los principios y valores inherentes a los derechos y a las instituciones que reconoce y consagra el texto constitucional. Hay, por tanto, necesariamente, una doble labor interpretativa que el magistrado constitucional habrá de realizar respecto a los fines y medios que la Constitución proclama, y respecto a los fines y medios consti-

tucionales que la ley dice procurar o alcanzar. Ahí el magistrado debe indagar si hay plena conformidad entre ambas o si el legislador ha abusado de su potestad desviando los principios mínimos que la Carta exige garantizar. Y eso es lo que sucede con el sistema de votación que proclama la ley orgánica al exigir la conformidad de seis de siete magistrados.

Respecto a las motivaciones de una ley, si bien esos criterios pertenecen a una órbita no jurídica, es evidente que la finalidad de los mecanismos adoptados por una ley revela ciertas motivaciones expresas del legislador. Calamandrei es muy explícito respecto a la posibilidad de determinar esas motivaciones a través de la línea directriz de la norma aprobada: "Es tan fácil darse cuenta de que éste es un razonamiento que lleva demasiado lejos; en efecto, si no se podrá llegar hasta el punto de examinar bajo el perfil de la 'desviación del poder' cuáles hayan sido los motivos psicológicos internos que hayan inducido a los componentes de los órganos legislativos a aprobar una ley (...), se podrá en todo caso controlar bajo este perfil si el legislador, al legislar, se ha inspirado en aquellas normas directivas de carácter político, más que jurídico, que la Constitución ha dictado para que sirvan como motivos inspiradores de la legislación ordinaria."²³

Descartada la soberanía del legislador, queda en manos de la *justicia constitucional* determinar –según Pablo Lucas Verdú– "la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo"²⁴. En este caso, la "eficiencia" y el "dinamis-

mo" previstos por los preceptos constitucionales no pueden ni deben ser negados al ser mediatizados por la ley llamada a desarrollar los órganos constitucionales. Es el evidente caso del sistema de seis votos. Y esa autoconciencia de la Constitución radica en el propio magistrado constitucional, quien actúa como intérprete supremo. Desde esa perspectiva, le corresponde hacer explícitos, en su sentencia, los objetivos y medios indispensables de colocar en la ley para alcanzar la eficiencia y dinamismo requeridos para el funcionamiento regular del órgano de control de la constitucionalidad. *Contrario sensu*, al juez constitucional le corresponde salvaguardar esa eficiencia reconociendo como inconstitucional –y expulsándolo, en consecuencia, del ordenamiento jurídico– a aquel mecanismo que contrarie o impida la eficiencia y dinamismo de la Constitución, precisamente en un capítulo tan importante como el referido al propio control constitucional.

Para Hans Kelsen –creador del Tribunal Constitucional–, la garantía jurisdiccional "es un elemento del sistema de medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales"²⁵. Con mayor razón, esta garantía jurisdiccional deberá centrar su preocupación en el funcionamiento regular de su órgano principal, cual es el Tribunal Constitucional. Y ¿qué significa, según Kelsen, la "garantía de la Constitución"? Significa nada menos que garantizar "la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes"²⁶. Y esa garantía deberá aplicarse, *en primer término*, al verificar la conformi-

23 CALAMANDREI, Piero. *Ensayos sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1986, p. 52. Ver también: RODRÍGUEZ ZAPATA, J. "Desviación de poder y discrecionalidad del legislador". En: *Revista de Administración Pública* 100, 1983, p. 330.

24 LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de derecho público*. Madrid: Tecnos, 1974, t. II, p. 493.

25 KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional...* op. cit., p. 18.

26 *Ibid.*, p. 19.

dad constitucional de la propia ley orgánica del Tribunal Constitucional.

Finalmente, para el prestigioso profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Göttingen y exmagistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán, Gerard Leibholz, si al revisar alguna reglamentación el magistrado constitucional llega a la conclusión "de que el legislador ha cometido un abuso de poder y la norma es objetivamente impropcedente y puede calificarse de arbitraria [i, entonces], y sólo entonces, el juez constitucional puede dejar de aplicarla y declararla anti-constitucional"²⁷.

Sumando todas estas ilustradas opiniones podemos concluir que, cuando se trata de facultades implícitas, inherentes a la defensa de la integridad de la Constitución y que además afectan la esencia del funcionamiento del Tribunal Constitucional, la actitud de los magistrados no puede ser dubitativa porque implicaría negarse a sí mismos. Y negar, de paso, la propia función de ejercer jurisdicción constitucional:

- a) "Cuando, en contrapartida, el Tribunal no tiene otro remedio que devolver la ley al Parlamento sin poder anularla por sí mismo, cabe dudar de que haya verdadera jurisdicción."²⁸
- b) "No hay justicia constitucional y, por tanto, no hay Tribunal Constitucional sin la atribución central que es el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, la sumisión de la voluntad del Parlamento al respeto de la regla de derecho, ya se trate de una regla formal o de fondo."²⁹

5 LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y FACULTADES IMPLÍCITAS

Como precisa García de Enterría, apelando a la clásica distinción entre derecho y ley, el "juez debe, inexorablemente, 'construir derecho' en todos y cada uno de los preceptos legales antes de proceder a su aplicación", con el fin, precisamente, de "ser fieles al mandato constitucional de establecer un Estado de Derecho y no un simple Estado de legalidad"³⁰. Para ello, como la Constitución encarna un conjunto de valores se requiere tener cierta noción del consenso de valores que corresponde al legislador resguardar y que el magistrado constitucional podrá recordar y consignar al fundamentar su sentencia. Para el efecto, hay fuentes muy útiles para el magistrado constitucional: "Las tendencias legislativas, la historia del derecho, o el derecho comparado, en cuanto expresión este último de valores universales y no sólo nacionales, tienen precisamente esa función: función de expresar el *consensus* de valores que el propio derecho ordinario puede llevar a cabo..."³¹.

El Tribunal Constitucional, según la célebre frase que el magistrado Wilson acuñó para la Suprema Corte de los Estados Unidos, es una especie de "poder constituyente en función permanente". Por ello, los magistrados constitucionales –entendidos como "la voz de la Constitución"– pueden también, a través de sus sentencias, *recordar al legislador los mandatos –expresos o tácitos– de la Constitución y, en caso*

27 LEIBHOLZ, Gerard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Institut de Estudios Políticos, 1971, p. 148.

28 FAYOSSE, Louis. *Los tribunales...*, op. cit., p. 34.

29 *Ibid.*, p. 35.

30 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y sus principios generales del derecho*. Madrid: Civitas, 1984, pp. 102-104.

31 ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación...*, op. cit., p. 514.

de laguna o presunto vacío normativo, llenar ese espacio con cierto desarrollo de valores y de contenidos, estableciendo pautas interpretativas en los fundamentos de la propia sentencia. En tal caso, las facultades implícitas del Tribunal –antes vistas– se pueden ejercer a través de sentencias ordinarias o, también, en la fundamentación de la sentencia, o en forma de sentencias especiales –que actúan como pautas de interpretación– que son insertas en las sentencias que Cappeletti denomina “manipulatorias”, “aditivas” o “sustitutivas”, porque entrañan pautas que son mandatos expresos al legislador para el caso concreto que ha sido legislado y, luego, demandado ante el Tribunal.

Como lo señalaba Gerhard Leibholz, esta técnica interpretativa se aplica en el “caso en que los órganos legislativos hagan uso de su discrecionalidad en un sentido claramente injusto hasta tal punto que sea patente un abuso de poder y que el acto concreto sometido a la cognición judicial pueda ser caracterizado como objetivamente arbitrario”. En tal caso –agrega– “puede el Tribunal Constitucional actuar dentro de sus competencias de una manera correctora, restableciendo la situación constitucional”³². Así, puede fijar el modo de interpretar constitucionalmente una ley reputada de inconstitucional y puede, a la vez que establece la inconstitucionalidad de una norma, ampliar –en la fundamentación de la sentencia– los contenidos interpretativos que se derivarían de la Constitución, entregándole al legislador una pauta sustitutiva a fin de no aguardar que otra demanda alargue el proceso de definición constitucional. Esta técnica se vuelve indispensable cuando hay algunas cifras o cantidades que requieren interpretar la fron-

tera de lo constitucional y lo no constitucional.

En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal expide desde 1955, aun sin necesidad de anular la ley, un fallo interpretativo denominado “de interpretación conforme”, con directrices para los legisladores respecto a su aplicación constitucional. Un caso interesante sucedió respecto a la ley de Partidos de 1967, que exigía que toda donación que excediera los 40.000 marcos debía hacerse pública, pero el Tribunal Constitucional –en sentencia del 9 de abril de 1992– consideró excesiva esa cantidad, y agregó, en forma interpretativa y como pauta sustitutiva (de la cantidad considerada inconstitucional, por ser excesiva), que para asegurar una mayor transparencia de las campañas el legislador debía ampliar la obligación de publicación a las donaciones –de toda empresa– cuyos montos sobrepasaran los 20.000 marcos. Y así sucedió: el legislador, en 1993, asumió esta cantidad, que colocó el Tribunal en su sentencia, considerándola óptima.

En Francia, el Consejo Constitucional, en una importante decisión en defensa del derecho de libre asociación –estipulado el 16 de julio de 1971–, ha creado derecho positivo al reconocerle al preámbulo de la Carta de 1958 un carácter jurídicamente vinculante respecto al legislador³³, con lo cual enlaza al texto constitucional de 1958 todas las disposiciones del preámbulo de 1946 (aludidas en el preámbulo de 1958), incluyendo aquellas como el derecho a la educación, al trabajo y a la salud, o los derechos a la co-gestión y a la huelga, nítida expresión del constitucionalismo social

32. LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas...*, op. cit., p. 167.

33. Cf. la trascendencia de esta decisión y su repercusión en la protección de los derechos en LUCHAIRE, François. *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*. Paris: Economica, 1987.

expuesto en la Carta de 1946. Como labor complementaria, el Consejo Constitucional ha fijado los principios enunciados en la Constitución (preámbulo y articulado) y ha ampliado y desarrollado sus contenidos. Del preámbulo de 1946, por ejemplo, el Consejo *ha reconocido categoría constitucional a varios derechos no previstos en el texto original de 1958*, como el derecho a mejores condiciones de vida (decisión constitucional del 23 de enero de 1987), el derecho de huelga (decisiones de 1979, 1986 y 1987), el derecho del trabajador a participar en la gestión de la empresa (1977) o el derecho de asilo (1986). Igualmente, ha reconocido valor constitucional a principios extraídos de los artículos de la vigente Carta, tales como libertad individual, igualdad del sufragio, libertad de formar partidos y grupos políticos, libre administración de las colectividades territoriales, funcionamiento regular de los poderes públicos, independencia de la autoridad judicial, inamovilidad de los magistrados, indivisibilidad de la República, independencia nacional, entre otros. En fin, desde entonces —por la *vía creadora de la interpretación extensiva*— muchas otras decisiones del Consejo Constitucional han considerado inconstitucionales varias leyes con tan sólo incidir en el “valor constitucional” del preámbulo de 1946. Incluso, una decisión del Consejo vinculada a aspectos tributarios señaló, en diciembre de 1973, que la norma en discusión era contraria a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (de 1789), “solemnemente reafirmada por el preámbulo de la Constitución”³⁴.

En *Estados Unidos*, también la *Suprema Corte* ha asumido funciones de inter-

pretación constitucional y hasta ha dictado mandatos implícitos. Como dice Baum: “La revisión judicial no es la única base de políticas: la Corte puede entrar en conflicto con las políticas de los demás poderes a través de su interpretación de los estatutos. Pero la Corte interviene en el proceso de trazado de políticas en forma más directa y más clara a través de su uso de la revisión judicial.”³⁵. El famoso caso Nixon —que derivó en la renuncia del presidente de los Estados Unidos— fue ocasionado directamente por la decisión de la Suprema Corte de considerar que *no era potestad constitucional del presidente de la República mantener en reserva cintas grabadas* (del caso Watergate, en concreto), lo cual llevó consigo *un mandato* al presidente para poner a disposición del juez de distrito las grabaciones. Por cierto que a nadie se le ocurrirá buscar en la Constitución de los Estados Unidos (capítulo de atribuciones del presidente de la República) si ella menciona algo sobre cintas grabadas. Pero, desde Marshall, la Suprema Corte decide y define —por extensión— qué es constitucional y qué no lo es. Incluso algunos jueces supremos han aceptado que ejercen cierta función legislativa. Así lo fundamentó el *justice chief* Benjamin Cardozo, nominado por el presidente conservador Hoover y considerado un verdadero maestro en técnica judicial. Él explicó los “puntos de contacto con el legislador” que tenía el juez supremo, como el conocimiento de la norma a través de la experiencia, el estudio y la reflexión y la elección de métodos (lo que hoy denominamos “razonabilidad”) y de principios (como el “énfasis en el bienestar social”), si bien la Corte no legisla en abstracto, sino en fun-

34 Cf. *Trente ans de jurisprudence du Conseil constitutionnel 1959-1988*. Paris: Haut Patrimoine du Conseil Constitutionnel, 1989, pp. 205-209.

35 BAUM, Lawrence. *La Suprema Corte*. Grupo Editor Intelectual, 1994, p. 225.

ción de los problemas concretos generados por la ley³⁶.

Y en Colombia la Corte Constitucional, sin necesidad de declarar inconstitucional una ley, puede también dictar "sentencias interpretativas" para fijar —en forma vinculante— una interpretación a la que los órganos constitucionales deben adecuarse. Incluso la Constitución habilita a la Corte a comunicarse con el presidente de la República o con el Congreso para incrementar su información y justificar sus argumentos y sus líneas interpretativas de la Constitución. Así, en 1992, a raíz de la revisión de una tutela (el amparo colombiano) presentada por un ciudadano de la tercera edad contra la Caja de Previsión Nacional de la Salud, el pleno de la Corte —por unanimidad— expidió una sentencia derivando del artículo 1 de la Constitución —que consagra a Colombia como un Estado social de Derecho— los siguientes mandatos para el legislador colombiano. Citamos: el Estado social de Derecho "exige del legislador y del gobierno atención preferencial para la satisfacción de las demandas de la población enderezadas a hacer efectivos este tipo de derechos. Los planes de desarrollo y el presupuesto deben contemplar la permanente ampliación de las

oportunidades reales para que un mayor número de personas puedan gozar y ejercer los derechos que la Constitución proclama...".

Las facultades de la prestigiosa y muy eficiente Corte Constitucional de Colombia³⁷, derivadas de su labor como guardian de la integridad de la Constitución, incluyen la posibilidad de dictar no sólo pautas interpretativas al legislador, sino hasta de dictar órdenes expresis en resguardo del cumplimiento de la Constitución a órganos políticos y administrativos que no están bajo su dependencia pero sí bajo el mandato y el imperio de la Constitución. El balance de su primer año de funciones fue glosado así, en función del recurso constante a sus facultades implícitas: "La Corte Constitucional ha emitido diferentes tipos de órdenes: de realizar una determinada acción o abstenerse de hacerlo, de interpretar la ley de acuerdo con las pautas constitucionales que ella señale, de dar cumplimiento inmediato a una instrucción, y de ejecutar una actividad específica dentro de un determinado plazo."³⁸ Por ejemplo: al revisar la tutela presentada por un ciudadano perseguido por las fuerzas de seguridad, la Corte resolvió, entre otros puntos:

36 Cfr. CALDIZO, Benjamín, *La función...*, op. cit., pp. 57-58, 63 y 74. Él dio una serie de conferencias sobre la función judicial en la Universidad de Yale, precisamente en 1991, cuando Lambert publicó su libro antes referido. La tercera conferencia se tituló: "Método sociológico. El juez como legislador". Para él, la Suprema Corte "legisla sólo donde existen lagunas fuera los espacios vacíos de la ley". Y también, como la historia judicial lo demuestra, "cuando se ha manifestado un claro abuso, el cual despierta finalmente a la opinión pública por su mismo exceso". Schwartz lo elogiado a Cardozo por advertir el "elemento creativo del proceso judicial" y porque fue consciente "de la extensión en la cual los jueces debían legislar". Cfr. SCHWARTZ, Bernard, *Algunos artículos del derecho norteamericano*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985, p. 151.

37 En su primer año (marzo de 1992 - febrero de 1993), la Corte Constitucional de Colombia emitió 333 sentencias, casi una diaria. De ellas, 118 fueron de control constitucional: 77 demandas, 12 tratados, 28 decretos de ocupación y 1 observación presidencial.

38 CEPEDA, Manuel José. "El derecho a la Constitución en Colombia". En: CALDERÓN, Carlos. *Simpósium internacional sobre derecho del Estado. Homenaje a Carlos Restrepo Pinilla*. Universidad Externado de Colombia, 1995, t. II, p. 189. Además, ocioso a un juez liberal, que tenía pendiente un fallo durante diez años, que profirió sentencia en cuarenta y ocho horas; y, por negligencia administrativa, condenó al Estado a pagar por perjuicios que sufrió un empresario por la demora, de la aduana, en la entrega de una máquina.

"TERCERO: Ordenar al Director General del Departamento Administrativo de Seguridad (D. A. S.) proceda a asumir la protección inmediata del señor Humberto Rolón Maldonado, de manera que se asegure su pacífico retorno e incorporación a su hogar y lugar de trabajo y el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

CUARTO: Solicitar al Defensor del Pueblo que, dentro de la órbita de su competencia y para los fines indicados en el artículo 282 de la Constitución, elabore, en el término de tres (3) meses un informe con destino al Congreso Nacional, al Gobierno y al Procurador General de la Nación, sobre el estado en que se encuentran las investigaciones penales y disciplinarias que se adelantan como consecuencia de las muertes de miembros del partido político Unión Patriótica (...) así como promover ante las autoridades judiciales competentes las acciones necesarias para el definitivo y total esclarecimiento de estos hechos.

QUINTO: Ordenar al Ministerio de Defensa se sirva remitir copia de la presente providencia a todas las guarniciones, cuarteles e instalaciones militares del país con miras a que la doctrina constitucional en ella contenida sea divulgada y estudiada por los miembros de las Fuerzas Militares."

Convertirse en auténtico custodio de la Constitución es tarea que habrá de comenzar enderezando la norma que impide el libre y autónomo funcionamiento del Tribunal Constitucional, y sólo la pueden realizar los magistrados del Tribunal, a fin de adquirir ese prestigio que ya tiene su vecina, la Corte Constitucional de Colombia. Gracias a ella, la Carta de 1991 "ha empezado a penetrar en todas las facetas de la vida de los colombianos: sexo y violencia en televisión, vendedores ambulantes en las calles urbanas, locales comerciales en zonas residenciales, uso del pelo largo y de maquillaje en los colegios, cobro de deudas morosas mediante 'chepitos', supresión de nombres en bancos de datos financieros, construcción de alcanta-

rillados, suspensión de obras que destruyen el medio ambiente, pago rápido de pensiones, prohibición de construir un edificio más en el casco urbano de Cartagena, rutas de buses de transporte a barrios marginados, enfermos de sida, castigo disciplinario de los colegios, cuidado de los niños, violencia del marido contra la esposa, vida universitaria, comunidades indígenas; la lista podría continuar indefinidamente (...) Las autoridades públicas y los particulares han comenzado a ajustar sus actos a las disposiciones de la Constitución"³⁹. Sin duda, el exitoso debut institucional de la Corte Constitucional de Colombia, y su actual prestigio, son una muy útil inspiración para otros tribunales constitucionales de América latina.

6 EN DEFENSA DE LA PROPIA AUTONOMÍA

En América latina los tribunales constitucionales son expuestos como los órganos de control constitucional. Así, la Carta de Bolivia (art. 121) indica que a través del Tribunal Constitucional se ejerce el "control de la constitucionalidad y la interpretación judicial de la Constitución". La de Colombia (art. 241) confía a la Corte Constitucional "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución". La de Guatemala (art. 268) considera a la Corte de Constitucionalidad como "tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional". Y la del Perú (art. 201) lo denomina "órgano de control de la Constitución". Asimismo, los textos constitucionales remarcan la independencia y

³⁹ *Ibid.*, pp. 179-180.

autonomía del Tribunal. Así, según la Constitución de Bolivia (art. 121) el Tribunal Constitucional es "independiente de los demás órganos del Estado y está sometido sólo a la Constitución". La Constitución de Guatemala (art. 268) señala que la Corte "actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado", que es respaldada por una "independencia económica" que "será garantizada con un porcentaje de los ingresos que correspondan al organismo judicial". Y la Carta peruana de 1993 hasta parece reiterativa al remarcar que el Tribunal Constitucional es "autónomo e independiente" (art. 201). Se trata, entonces, de un *principio constitucional que el legislador debe reconocer y respetar al momento de discutir y aprobar la respectiva ley orgánica*.

¿Vulnera o no la autonomía del Tribunal un sistema de seis votos de siete magistrados como requisito para cumplir su función esencial? Para Massimo Borlandi, la "autonomía" de la magistratura, como la de cualquier otra "estructura política", se refiere a su grado de diferenciación respecto a otras estructuras, encarnada en "su capacidad de desarrollar recursos propios de legitimidad y, por tanto, de monopolizar con éxito el desarrollo de funciones políticas, en cuanto consigue desalentar la competencia de estructuras políticas alternativas"⁴⁰. Desde esa perspectiva, hay que preguntarse si la votación exigida le impide al Tribunal Constitucional "desarrollar recursos propios" o si le impide "monopolizar con éxito" su función de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Aún más: hay que preguntarse si ello refuerza o favorece a estructuras políticas alternativas, como lo sería el Congreso.

No puede surgir duda alguna al respecto. Su función principal, que es declarar inconstitucional las leyes, se encuentra inutilizada, máxime porque la propia ley orgánica dispone que si no alcanza los seis votos (un cinco contra dos, supongamos), entonces se considera que la ley sí es conforme a la Constitución. El sistema de votación, en su conjunto, vulnera directamente el ejercicio autónomo de su función. Y lo vulnera en beneficio, precisamente, de una estructura política alternativa, como el Congreso, cuyas disposiciones corresponde controlar al Tribunal Constitucional. De por sí, hay aquí un visible abuso del Poder Legislativo en provecho propio, a fin de hacer difícil —o imposible— el control constitucional de las leyes expedidas por el Congreso.

El axioma es muy simple: *al mediatizar el sistema de votación, se mediatiza la función principal del Tribunal y, por tanto, al propio Tribunal*. Está claro, además, que todos los tribunales constitucionales del mundo deciden por mayoría simple (o absoluta, cuando más), incluso considerando sólo a los magistrados presentes. Más bien no parece casual que quienes defienden el sistema de los seis votos sean los mismos que se ufanan de no creer en el Tribunal Constitucional y desean que no funcione cabalmente. Por tanto, la demanda de inconstitucionalidad puede ser resuelta considerando que el sistema de seis votos —que "amarra" la decisión y coacta la voluntad del Tribunal como cuerpo colegiado— vulnera la autonomía del Tribunal consagrada por el artículo 201 de la Constitución como principio elemental para el ejercicio de sus funciones.

Pero además, de la propia autonomía se deriva la potestad de ejercerla y defenderla, así como la de autonomarse, máxime cuando se trata de un órgano que expresamente debe resguardar el control de la

40 BORLANDI, M. "Magistrature". En FARNETTI, P. de. *Politica e società*. Firenze: La Italia, 1979, p. 525.

constitucionalidad. De este principio de autonomía —mezclado con su función esencial de ejercer la jurisdicción constitucional en forma dinámica y eficiente— se ha derivado la flexibilidad organizativa de los tribunales respecto a los límites y mandatos de su propia ley orgánica. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Austria tiene catorce magistrados y, según su ley orgánica, su quórum para sesionar—como pleno— es de ocho jueces. Pero en la práctica seguida por el Tribunal Constitucional austriaco algunos fallos han sido desarrollados con un quórum de cuatro jueces, práctica iniciada por el propio Tribunal en función de su autonomía y que ha sido denominada como sentencias del "pequeño Senado". Según resalta Louis Favoreu, esta práctica del sesionar y sentenciar a través de una subcomisión (Senado) no está prevista en los textos —en la ley orgánica del Tribunal— y es, sin embargo, cada vez más importante en su uso⁴¹. Algo similar sucedió con las subcomisiones de Colombia y de Alemania, o con la propia figura del amparo constitucional en Alemania, ejercida desde 1951, aunque sólo inserta en la Constitución vía reforma en 1969, adaptando así al texto constitucional una práctica importante que se derivaba de la defensa de los derechos ciudadanos.

Una figura importante en el ejercicio de la autonomía es el denominado *acuerdo interno del Pleno del Tribunal*, que es esencialmente autonormativo y puede definir mecanismos internos, máxime si se pone en discusión su conformidad con la Constitución. El propio artículo 4 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional señala, en su primera parte, lo siguiente: "El Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la de-

manda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia..." Bastaría, en consecuencia, un acuerdo por mayoría simple de votos para resolver el sistema interno de votación, adecuándolo al dinamismo y eficiencia exigidos por la Constitución al Tribunal. El acuerdo es una norma interna usada por todos los tribunales para auto-regularse en función de su consagrada autonomía. Así por ejemplo, en el caso del Tribunal Constitucional español podemos citar esta secuencia de acuerdos internos que dictó en sus primeros años:

- a) Acuerdo del 14 de julio de 1980, que fija la fecha para ejercer sus competencias.
- b) Acuerdo del 15 de enero de 1981, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Personal.
- c) Acuerdo del 15 de junio de 1982, por el que se aprueban las normas que han de regir el funcionamiento del Tribunal durante el período de vacaciones.
- d) Acuerdo del 20 de diciembre de 1982, por el que se aprueban normas acerca de la defensa por pobreza en los procesos constitucionales.
- e) Acuerdo del 11 de marzo de 1986, que dispone la división y composición de las salas y secciones del Tribunal Constitucional.
- f) Acuerdo del 2 de abril de 1986, que modifica el horario del Registro General del Tribunal Constitucional;
- g) Acuerdo del 2 de abril de 1986, que modifica determinados preceptos del Reglamento de Organización y Personal.
- h) Acuerdo del 23 de mayo de 1986, por el que se modifican y aprueban normas sobre tramitación del recurso de amparo, previstas en la ley orgánica del Tribunal de 1985⁴².

41 FAVOREU, Louis. *Los tribunales...*, op. cit., p. 48.

42 Cf. Tribunal Constitucional. *Historia. 1980-1986*. Madrid, 1986, p. 72.

Hay enorme jurisprudencia en defensa de la propia autonomía. Tanto tribunales de Europa como de América latina han llegado a declarar inconstitucional un artículo o un precepto de su propia ley orgánica, asumiendo incluso –para no dejar un vacío– la facultad implícita de crear derecho y de establecer pautas de interpretación vinculantes para el legislador. Así por ejemplo, en la década pasada la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Colombia –que ejerció el control constitucional hasta la creación de la Corte Constitucional con la nueva Carta de 1991– declaró inconstitucional una norma que le exigía expedir sentencias por mayoría calificada de dos tercios. Otro caso de gran interés, y de alcance muy similar, lo produjo recientemente –hace un año– la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (que ejerce desde hace poco, en aquel país, el control constitucional) cuando declaró inconstitucional un artículo de su ley orgánica que establecía como edad límite para los magistrados de esa sala la edad de 65 años. La sentencia de la Sala Constitucional se sustentó en la ausencia de límites en la Constitución.

Pero es indudable que el mejor precedente lo ha dado la prestigiosa Corte Constitucional de Colombia, en una extensa –y muy bien fundamentada– sentencia expedida el 5 de febrero de este año, respecto a lo que vendría a ser su propia ley orgánica. Como ustedes saben, la Corte Constitucional aparece en el título de la Constitución referido a la “Rama judicial”. Pues bien, el Congreso colombiano dictó este año la ley 270, que es una muy vasta ley estatutaria –así denominan a las leyes orgánicas en Colombia– superior de Administración de Justicia, uno de cuyos capítulos está destinado a regular el funcionamiento de la Corte Constitucional. Mediante el sistema del control preventivo (previo a la entrada

en vigor de la norma), la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucionales varios preceptos de su ley estatutaria. Así por ejemplo, declaró inconstitucional el artículo que le exigía seleccionar “por lo menos el cinco por ciento (5%) de las decisiones de tutela que mensualmente le remitan para su revisión”. La sentencia indicaba que ellos, como magistrados del Tribunal, son “la única autoridad competente para fijar un porcentaje relativo a la revisión de las decisiones de tutela...”. Como se aprecia, los magistrados colombianos consideraron que esa prescripción de la ley lesionaba su propia autonomía.

Pero además, en materia similar a la que aquí nos preocupa, en esa sentencia la Corte colombiana también consideró inconstitucional la votación de dos tercios que le exigía su ley estatutaria para expedir determinadas sentencias:

“Con todo, debe señalarse que tanto el requisito de ser aprobadas las sentencias por las dos terceras partes de los miembros de la Corporación [Corte], como el de señalar que las causales de pérdida de investidura serán únicamente de las que trata el artículo 183, transgreden las disposiciones y el espíritu mismo de la Carta Política. En cuanto a la primera situación, debe decirse que el Estatuto Superior consagra como principio general que debe inspirar la labor reguladora del legislador, el que las decisiones de las corporaciones públicas sean adoptadas por mayoría simple, salvo que se trate de casos especiales (...). Pero, como si lo anterior no fuese suficiente para la Corte, la decisión de eslabonar un quórum especial vulnera la autonomía de que goza el Consejo de Estado para determinar la forma, el procedimiento y los requisitos necesarios para tomar en el seno de sus salas las decisiones de su competencia. Resulta forzoso, en consecuencia, declarar la inoportunidad de la expresión ‘las dos terceras partes’, contenida en el numeral que se recusa.”

7 LA VERDADERA TRASCENDENCIA DEL JUEZ MARSHALL

Los enemigos del Tribunal Constitucional suelen afirmar que hubiese sido preferible, para el Perú, un sistema de revisión judicial como el que existe en los Estados Unidos desde la época del juez Marshall. No reparan en que ya hace mucho tiempo se descubrió en Europa y en América latina que la enorme potestad de la Suprema Corte de los Estados Unidos, como auténtico contrapeso del Congreso y del Ejecutivo, no es exportable. Entre otras razones, hay dos: la tradición del derecho natural que provenía del *Common Law* y que se aplicó en los tribunales de las colonias, y el origen ulterior de la Unión y de su Poder Judicial (Federal) como *elemento arbitral* de las sociedades políticas preexistentes (las excolonias, convertidas en estados), que mantenían su trípode del poder (Legislatura, Gobernador y Corte Suprema estatales) pero que temían del excesivo poder que podían asumir los legisladores en el Congreso de la Unión contra los gobiernos estatales; dos elementos básicos, que explican el poder de la Suprema Corte estadounidense, y que *son irrepetibles*. Aun así, la Suprema Corte sólo asumió la integridad de sus funciones desde la sentencia de Marshall en 1803, en el célebre caso *Marbury vs. Madison*.

En segundo lugar, es interesante recordar –en especial a quienes creen válido contraponer la Suprema Corte de los Estados Unidos a la moderna institución del Tribunal Constitucional– que *la atribución de la Suprema Corte de revisar si las leyes del Congreso son o no conformes a la Constitución, y de declararlas inaplicables, no figuraba entonces –como no figura hoy mismo– en la Constitución de los Estados*

Unidos de 1787. Prese a la protesta de los congresistas de la época, el presidente de la Corte, John Marshall, asumió la revisión judicial de las leyes como una facultad implícita de la Corte, que es precisamente –como antes vimos– lo que todo Tribunal Constitucional (incluyendo el peruano) realiza al extender⁴⁵ el ámbito expreso de sus funciones. Y la asumió como si fuese *de oficio*, recogiendo implícitamente las potestades del derecho común inglés; ni siquiera a petición de parte. Además, la ley que Marshall *declaró contraria a la Constitución fue, precisamente, su propia ley (la sección 13 de la ley del Poder Judicial)*. Es decir, en términos peruanos, *declaró inconstitucional parte de su propia ley orgánica*, asunto muy *similar* al que corresponde resolver al Tribunal Constitucional peruano a petición de los demandantes. Lo que no se comprende, ciertamente, es cómo se puede estar en desacuerdo con que un Tribunal Constitucional declare inconstitucional una ley y, al mismo tiempo, elogiar –y estar de acuerdo con– el que una Corte Suprema, como la de Estados Unidos, pueda hacerlo.

En tercer lugar, desde entonces la Suprema Corte –que está integrada por sólo nueve magistrados– resuelve si una ley es o no contraria a la Constitución, por *mayoría simple*. Y su quórum para dictaminar un caso es de seis miembros, lo que significa que bastaría la presencia de seis vocales supremos para declarar contraria a la Constitución una ley del Congreso bicameral de los Estados Unidos. Y, no obstante que el Congreso estadounidense no

45. Respecto al juez Coke y la anulación de las leyes en los tribunales ingleses, como antecedente decisivo de Marshall, ver el esclarecedor estudio de CARO ROLDÁN, Omar. "El mito Marbury vs. Madison". En *Iuris Dicto* 2, revista de derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, pp. 75-81.

es propenso a aprobar leyes inconstitucionales, ha habido épocas en que esos nueve magistrados han acumulado un alto promedio de derogación de leyes federales. Sólo entre 1932 y 1936 la Suprema Corte derogó 12 leyes federales, todas muy sustantivas en la política legislativa de la época, lo cual significó un promedio de cuatro leyes anuladas cada año.

En cuarto lugar, se olvida que Marshall también fue víctima de la oposición de muchos miembros del Congreso, que increparon contra la revisión judicial de las leyes por cuanto ellos veían que así la Corte les arrebatava la última palabra en la potestad exclusiva de legislar —que la Constitución les reconocía—. Nos lo recuerda Schwartz: “los puntos de vista de Marshall sobre el poder de revisión de la Suprema Corte, así como sus principios nacionalistas básicos, suscitaban la amarga oposición de la mayoría de los miembros del partido político dominante, incluyendo a su jefe, el presidente Jefferson”⁴⁴. Y nos lo reitera Lawrence Baum, al referirse a las funciones de la Corte en la era Marshall: “La agresividad de la Corte llevó a denuncias y amenazas, incluido un esfuerzo por parte del presidente Jefferson de asegurarse la remoción por lo menos de un miembro a través de un juicio político.”⁴⁵. Seguramente no habrá faltado algún con-

gresista que considere que Marshall, con su sentencia, dio un “golpe de Estado”, máxime si la Constitución no le reconocía a la Corte esta facultad. Sin embargo, la historia judicial norteamericana, que celebra con orgullo la sentencia de Marshall, no ha tenido espacio para consignar las amenazas y declaraciones de coyuntura que él recibió.

Y es que con el tiempo, como agrega Baum, “los poderes que reclamaba para la Corte y el papel central de ésta en el proceso de trazado de políticas pasaron a ser aceptados por los otros poderes gubernamentales y por la ciudadanía en general”⁴⁶. Por lo demás, algo así ha sucedido hace poco en el Perú con una importante resolución del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), que inaplicó —por considerarlas contrarias a la Constitución— dos leyes del Congreso que modificaban el sistema de recolección de planillones para el referéndum y el propio referéndum⁴⁷. La resolución del JNE, declarando inaplicables las leyes 26590 y 26670, fue acatada —pese a las amenazas vertidas— por la propia mayoría parlamentaria.

En quinto y último lugar, el alcance del poder de revisión judicial de la Suprema Corte es ahora muchísimo mayor que el previsto por Marshall. Hoy, la Suprema Corte no se limita a revisar las leyes fede-

44 SCHWARTZ, Bernard. *Aljaraque*, op. cit., p. 74.

45 BAUM, Lawrence. *La Suprema*, op. cit., p. 26. Recientemente, Isidoro Paulino Mora, presidente de la Sala Constitucional de Costa Rica, señaló, respecto a algunas reacciones oficiales a las sentencias de la Sala: “Este es un país de derecho y cada Poder tiene determinadas facultades. Cada Poder no puede hacer más de lo que la ley le permite (...) Lo que sí es cierto es que nuestros gobernantes no están acostumbrados a la existencia de un Tribunal Constitucional que vele por el respeto de las principales normas contenidas en la Carta Magna.” En *Revista Parlamentaria* 5, San José de Costa Rica: Asamblea Legislativa, diciembre 1995, volumen 5, p. 187.

46 BAUM, Lawrence. *La Suprema*, op. cit., p. 26.

47 Vale la pena recordar los considerandos a) Porque el segundo párrafo del artículo 130 de la Constitución obliga a todo órgano jurisdiccional a preferir la Constitución en caso de incompatibilidad con una norma legal; b) Porque el artículo 31 de la Constitución vigente reconoce a los ciudadanos el derecho al referéndum; c) Porque ninguna autoridad puede invocarse causas pendientes ante el órgano jurisdiccional (art. 130, inc. 2, de la Carta); ni intervenir en sus resoluciones, cuando han pasado en autoridad de cosa juzgada; y d) Porque, conforme al artículo 102 de la Constitución, ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos.

rales del Congreso. Como explica Baum: "La Suprema Corte puede declarar inconstitucional cualquier tipo de política o práctica gubernamental, no sólo leyes puestas en vigencia por cuerpos legislativos. En los últimos años, la Corte ha derogado prácticas tales como las de alquiler de un gobierno estadual (...) El número de prácticas no estatutarias que la Corte ha derogado, probablemente, es mucho mayor que las 1.300 leyes que revocó."⁴⁸ Con esta potestad, por ejemplo, la Corte (*Train vs. US*) le recortó al presidente de la República en 1975 la facultad de reducir gastos programados en el presupuesto federal. Como se aprecia, esta incesante y ampliada práctica judicial (tampoco reconocida expresamente en la Constitución de 1787) ha superado con creces las expectativas de Marshall, aun cuando se origine y fundamente en su célebre decisión de 1803. De ahí que la verdadera trascendencia del juez Marshall fue que, sin referencia constitucional expresa a la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes y obviando las amenazas y protestas de los congresistas, colocó, con esa sentencia, *los cimientos básicos del derecho constitucional estadounidense*, razón principal de su continuidad y estabilidad por más de dos siglos.

Schwartz, al reseñar la actitud principista de Marshall, expone palabras que contienen una valiosa sugerencia para los magistrados de cualquier Tribunal Constitucional: "La *primera preocupación de Marshall*, luego de su designación en la Suprema Corte, fue *la de afirmar para el departamento judicial los poderes necesarios para permitirle forjar los vínculos constitucionales de una nación poderosa*."⁴⁹ Recuerda, asimismo, que en función de su

revolucionaria sentencia de 1803 a Marshall le ha correspondido en la historia estadounidense "el más grande lugar ocupado nunca por un juez"⁵⁰. Sin duda, un espacio igual de honroso en nuestra historia constitucional aguardará también a nuestros magistrados constitucionales si confirman —como lo hizo Marshall— que su primera preocupación es la de asegurar los poderes necesarios para el eficaz funcionamiento del Tribunal Constitucional en el Perú.

48 BAUM, Lawrence. *La Suprema...*, op. cit., p. 220.

49 SCHWARTZ, Bernard. *Algunos...*, op. cit., p. 37.

50 *Ibid.*, p. 73.